Die selbständige Bedeutung der Eintragung im Handelsregister

bei

Nichtigkeit des ihr zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrages.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

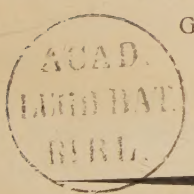
juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Fritz Adamy,

Gerichtsassessor.



Rostock 1904.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche. 2. Aufl. Erlangen 1894.

Bähr, „Über die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter" in Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 6. S. 131 ff.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin u. Leipzig 1881.

Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister. 2. Aufl. Berlin 1901.

Düringer u. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1899.

Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung. 1887.

v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Braunschweig 1894.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Stuttgart 1897.

Herzog, „Zur Lehre vom Handelsregister" in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Bd. 17. S. 217 ff.

Laband, „Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 10. S. 183 ff.

Lastig, Florentiner Handelsregister des Mittelalters. Halle 1883.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin I. Bd. 1898 u. II. Bd. 1904.

Lehmann, „Gründungsmängel und Eintragung der Aktiengesellschaft" in Ihering's Jahrbüchern. Bd. 33. S. 389 ff.

Lührs, Die Folgen der falschen Eintragungen in das Handelsregister. Leipzig 1898.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl. Berlin 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1899.

Schultze-Görlitz, Die Führung des Handels- und Musterregisters. Berlin 1893.

Simonis, Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Rostock 1901.

Späing, Handelsregister und Firmenrecht. Berlin 1884.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 7. Aufl. 1900.

Staub, „Anfechtung der zum Zwecke der Kapitalserhöhung erfolgten Zeichnungen wegen Betruges" in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. X. Jahrg. 1901. No. 6. S. 133 ff.

Wiener, „Die Errichtung der Aktiengesellschaft" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 24. S. 450 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt a/M. 1900.

Inhalts-Übersicht.

A. Die Bedeutung der Eintragung im allgemeinen:
   a. Kurzer Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Handelsregisters.
   b. Die deklaratorische Bedeutung.
   c. Die konstitutive Bedeutung.
   d. Die Wirkung Dritten gegenüber.
   e. Schlußfolgerung.

B. Die selbständige Bedeutung:
   I. bei der offenen Handelsgesellschaft und gewöhnlichen Kommanditgesellschaft.
      a. Die Bedeutung der Eintragung bei der Laband'schen Theorie über die Gesellschaften.
      b. Die Praxis des Reichsgerichts über die selbständige Bedeutung.
      c. Der Rechtsgrund für die Haftung aus der Kundgebung.
      d. Der Staub'sche Grundsatz über die Haftung infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr.
      e. Die Gierke'sche Theorie über die Haftung aus dem Gesellschaftsvertrage.
   II. bei der stillen Gesellschaft.
   III. bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0028

A.

Die Bedeutung der Eintragung im allgemeinen.

a. Kurzer Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Handelsregisters.

Um die Bedeutung der Eintragung im Handelsregister im allgemeinen festzustellen, bedarf es zunächst eines kurzen Rückblicks über die Entwicklung des Handelsregisters. Seine Entstehung ist in Italien zu suchen. Die hier im 13. Jahrhundert in Blüte stehenden kaufmännischen Zünfte führten besondere Verzeichnisse ihrer Mitglieder, mit denen sich ein ununterbrochener Zusammenhang unserer heutigen Handelsregister nachweisen lässt[1]). Diese sogenannten Matrikeln enthielten anfänglich nur die Namen der einzelnen Zunftgenossen und sollten nur der Zunft, nicht aber der Öffentlichkeit und dem Publikum dienen. Später waren sie jedoch auch dazu bestimmt, Dritten Anhaltspunkte dafür zu geben, wer der Zunft angehöre und deshalb der Zunftgerichtsbarkeit unterworfen war. Mit der allmählichen Fortbildung wurden nicht nur die Namen

[1]) Lastig S. 4.

der Einzelkaufleute eingetragen, sondern die Eintragungen erstreckten sich auch auf das Geschäftspersonal und besonders auch auf die Sozietätsverhältnisse der einzelnen Zunftmitglieder. Denn mit dem Eintritt der unbeschränkten Solidarhaft sämtlicher Mitglieder einer gewerblichen Gesellschaft war es von großem Interesse für das Publikum zu wissen, wer von den Zunftgenossen das Gewerbe gemeinschaftlich mit anderen betrieb [1]).

Ähnliche Register wie diese Matrikeln der italienischen Zünfte wurden zu dem gleichen Zwecke möglichster Offenkundigkeit der gewerblichen Verhältnisse ihrer Mitglieder von den Handelsgilden Deutschlands geführt. Hier gab es außer diesen Registern der Gilden partikularrechtlich eine Anzahl von Verzeichnissen, in welche die Einzelkaufleute, die Gesellschaften und ihre Bevollmächtigten eingetragen wurden. Die Gründe, die zur Einführung dieser Register führten, sind regelmäßig in den Gesetzen nicht angegeben, sie sind aber aus den Umständen und den Folgen, die sich an die Eintragung knüpften, leicht ersichtlich. Zum Teil gewährten sie einen besonderen Gerichtsstand, zum Teil hatten sie polizeiliche Bedeutung, indem die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes von ihnen abhängig gemacht wurde, und zum Teil gaben sie besondere kaufmännische Rechte, wie Wahlrechte für bestimmte handelsrechtliche Kommissionen, das Recht des freien Geleits auf der Hin- und Rückreise

[1]) Lastig S. 15.

nach einem bestimmten Marktorte. Ihr Hauptzweck bestand aber darin, Fürsorge für das Publikum zu treffen und ihm über die Inhaber einer Firma, über die aus der Firma nicht ersichtlichen Mitglieder einer Gesellschaft, die Dauer und den Umfang ihrer Haftung Auskunft zu geben und ihm so über Beschaffenheit und Kreditwürdigkeit der Einzelfirmen wie der Gesellschaften Gewißheit zu verschaffen [1]). Diesen Zweck hat auch das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, welches zuerst generell die Führung von Handelsregistern anordnete, und im Anschluß an dieses das neue Handelsgesetzbuch bei Einführung des Registers verfolgt. Es sollte im Handelsregister, wie die Motive sagen, in zweckmässiger Weise ein Organ geschaffen werden, welches ähnlich wie das Hypothekenbuch über den Rechtszustand der Grundstücke, über die Verhältnisse des Handelsstandes eines Bezirks, soweit sie von allgemeinem Interesse waren, genauen Aufschluß geben sollte.

Aus dieser Entwicklung ergibt sich als erstes Prinzip der Eintragung: Die Herbeiführung möglichster Offenkundigkeit bestimmter für den Handelsverkehr erheblicher Tatsachen.

b. Die deklaratorische Bedeutung.

Indem das Register aber diesen Zweck erfüllt, indem es die Veröffentlichung vermittelt, wirkt es gleichzeitig dadurch beurkundend, dass es die Vor-

[1]) Späing S. 11 u. 25.

gänge zur Kenntnis bringt, welche zu der betreffenden Veröffentlichung geführt haben. Wieweit sich diese beurkundende Kraft der Eintragung erstreckt, ob sie lediglich den Beweis liefert, daß die Erklärung, auf welche hin die Eintragung erfolgt ist, abgegeben ist, oder ob sich der Beweis auch auf das der Erklärung zugrunde liegende Rechtsverhältnis erstreckt, ist streitig. Als herrschend kann wohl die vom Reichsgericht mehrfach ausgesprochene Ansicht angesehen werden, daß das Handelsregister als öffentliche Urkunde insofern beweisend ist, als der Registerrichter durch die Eintragung konstatiert, daß durch die Anmeldenden in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gewisse Erklärungen abgegeben seien, welche jene Personen abzugeben hatten, daß dagegen die Tatsachen, auf welche sich die Erklärungen beziehen, an sich durch das Handelsregister nur bewiesen werden, wenn die Erklärung gleichzeitig die Tatsache involviert (Entsch. d. R. G. i. Civils. Bd. 1 S. 243; ebenso Entsch. d. R. G. i. Strafs. Bd. 18 S. 179). Hierdurch unterscheidet sich das Handelsregister wesentlich von den anderen öffentlichen Registern, insbesondere vom Grundbuch. Während durch die Eintragung in dieses bekundet wird, daß der Eingetragene Eigentümer ist, oder daß auf dem Grundstück eine Hypothek besteht, hier also nicht die Erklärung, daß jemand Eigentümer geworden oder eine Hypothek bestellt ist, sondern die Tatsache, das dingliche Recht als solches veröffentlicht wird, wird im Handelsregister eingetragen, daß zwei Kaufleute erklärt haben, zu einer offenen Handelsgesellschaft

zusammengetreten zu sein, nicht aber, daß auch zwischen ihnen tatsächlich eine offene Handelsgesellschaft besteht.

c. Die konstitutive Bedeutung.

Von dieser ursprünglichen Bedeutung, daß die Eintragung in der Regel nur eine öffentliche Beurkundung von Anmeldungen ist, hat das Gesetz nicht unerhebliche Ausnahmen gemacht, indem es die Existenz einiger Rechtsverhältnisse von der Eintragung abhängig macht. Diese sogenannte konstitutive Wirkung kann eine zweifache sein, einmal eine solche, daß die Eintragung allein imstande ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen, sie ist das einzige Erfordernis für die Entstehung des betreffenden Rechtsverhältnisses — absolut konstitutiv —, zum andern kann die Wirkung aber auch eine solche sein, daß sie nur in Verbindung mit anderen Erfordernissen ein Rechtsverhältnis schafft — relativ konstitutiv.

Sie war bereits im alten Handelsgesetzbuch mehrfach vertreten und ist durch die Umänderung des Kaufmannsbegriffs im neuen Handelsgesetzbuch noch mehr zur Geltung gekommen als früher. Nach §§ 2 und 3 Abs. 2 desselben ist zur Erwerbung der Kaufmannseigenschaft neben den sachlichen Voraussetzungen die Eintragung ein notwendiges Erfordernis.

Ferner hat die Eintragung konstitutive Bedeutung bei der Entstehung der Aktiengesellschaft (§ 200 H.G.B.), der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 Abs. 3 H.G.B.) und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

(§ 11 des Reichsgesetzes vom 20. April 1892). Keine dieser Gesellschaften besteht, bevor sie in das Handelsregister eingetragen ist; die Eintragung ist Daseinsbedingung für sie; ohne sie ist eine Gesellschaft nicht vorhanden. Sie sind zwar vorher schon errichtet, sie bestehen aber vorher nicht als solche, sie haben noch keine juristische Persönlichkeit und sind als Gesellschaften des bürgerlichen Rechts zu behandeln [1]).

Wenn diese Fälle konstitutiver Bedeutung der Eintragung für die Praxis auch von großer Wichtigkeit sind, so ist nach der obigen Darlegung immer daran festzuhalten, daß sie nach der geschichtlichen Entwicklung des Handelsregisters und der vom Gesetzgeber dem Register beigelegten Bedeutung die Ausnahmen sind, daß die regelmäßige Bedeutung die beurkundende ist.

d. Die Wirkung Dritten gegenüber.

Welche Bedeutung beiden Arten der Eintragung Dritten gegenüber zukommt, weil das Register von einer staatlichen Behörde unter staatlicher Aufsicht geführt wird, darüber gehen die Ansichten auseinander. Den weitestgehenden Standpunkt vertritt die von Herzog in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt aufgestellte [2]). Nach ihm steht dem Handelsregister öffentlicher Glaube zu, so daß jede selbst die

[1]) Staub, G. m. b. H. Anm. 2 zu § 11; u. Lehmann-Ring § 200 Anm. 1 Abs. 3.

[2]) Bd. 17 S. 217 ff.

auf irrtümlichen tatsächlichen Voraussetzungen beruhende Eintragung in Verbindung mit der Veröffentlichung dem gutgläubigen Dritten ein positives Recht schafft und nicht einmal durch den Gegenbeweis der Irrtümlichkeit entkräftet werden kann. Er gibt der Eintragung zwar auch nicht die Kraft, Rechtsverhältnisse zu schaffen, und sieht nicht einmal in ihr die Bekundung von Rechtsverhältnissen, sondern nur solche von Erklärungen. Deshalb könne das Handelsregister auch nicht die absolute Bedeutung beanspruchen, wie die Hypothekenbücher. Immerhin seien auch sie öffentliche Bücher, deren Eintragung unter öffentlicher Autorität und folgerichtig auch unter öffentlicher Garantie ständen. Daraus sei zu folgern, daß dem Staat, nachdem er einmal eine derartige Einrichtung im Interesse möglichster Beförderung und Sicherheit des Handelsverkehrs geschaffen habe, nun auch daran gelegen sein müsse, dem Institute das Vertrauen der Geschäftswelt zu sichern. Das geschehe aber nur, wenn Derjenige, der sich in gutem Glauben auf das Register verlassen habe, auch bei diesem Glauben geschützt werde.

Weiter führt Herzog noch eine Reihe von Zweckmäßigkeitsgründen an, aus denen sich seine Ansicht empfehle.

Wie aber der Hinweis auf die Zweckmäßigkeit keinen Beweis für das Bestehen einer solchen Bedeutung der Eintragung liefern kann, so kann auch nicht aus der Eigenschaft des Registers als eines öffentlichen Buches ohne weiteres der öffentliche

Glaube für die Eintragungen in demselben gefolgert werden. Wo die sonstigen Register einen solchen haben, ist er ihnen durch positive Vorschrift beigelegt, und es würde dies auch ohne Zweifel für das Handelsregister geschehen sein, wenn es der Wille des Gesetzgebers gewesen wäre, demselben eine so weittragende Bedeutung zu geben.

Als richtig ist aus den Anführungen Herzog's hervorzuheben, daß die durch eine staatliche Behörde vermittelte oder kontrollierte Veröffentlichung eine weitergehende Wirkung haben muß als eine private, und daß auch tatsächlich infolge dieser staatlichen Mitwirkung in Handelskreisen vielfach angenommen wird, daß das, was im Handelsregister stehe, als der Wahrheit entsprechend anzusehen sei und einer Anfechtung nicht mehr unterliege. Herzog geht aber zu weit, wenn er daraus den öffentlichen Glauben des Handelsregisters herleiten will.

Um die wirklichen Folgen dieser behördlichen Mitwirkung erkennen zu können, bedarf es zunächst einer Erörterung der Frage, wieweit die prüfende Tätigkeit des Richters bei Anordnung der Eintragung und die beaufsichtigende nach erfolgter Eintragung geht.

Ausser Zweifel ist, daß er zunächst zu prüfen hat, ob die beantragte Eintragung formell dem Gesetze entspricht, ob insbesondere die Identität feststeht, ob die Geschäftsfähigkeit vorliegt, ob die Anmeldung in der gesetzlichen Form erfolgt und ob die Zuständigkeit begründet ist. Über den Umfang der Prüfungspflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit der abgegebenen

Erklärung gehen die Meinungen auseinander. Die Denkschrift besagt ausdrücklich, daß der Registerrichter sich im allgemeinen mit den Erklärungen der Parteien werde begnügen müssen, und daß er nur nachzuforschen habe, wenn sich besondere Zweifel und Umstände ergäben. Diese Auffassung stimmt aber nach Staub nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes überein. Er folgert aus §§ 12 und 142 fr. Gerichtsb. Ges. und aus der rechtlichen Bedeutung, die der Eintragung allenthalben beigelegt würde, eine weitergehende Pflicht. Aus § 12 fr. Gerichtsb. Ges. (das Gericht hat von Amtswegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen anzustellen) erwachse dem Richter allerdings nicht gerade die Verpflichtung, in allen Fällen durch Beweisaufnahme die Wahrheit der abgegebenen Erklärung festzustellen; es folge aber aus ihm, daß der Richter dann die Pflicht dazu habe, wenn er die Parteierklärungen nicht ohne weiteres glaube. Ferner habe der Richter nach § 142 fr. Gerichtsb. Ges. die Eintragung von Amtswegen zu löschen, wenn sie wegen Mangels einer wesentlishen Voraussetzung unzulässig wäre. Durch diese beiden Verpflichtungen, die das Gesetz dem Richter auferlege, gebe es deutlich zu erkennen, daß das Register frei gehalten werden solle von der Beurkundung solcher Erklärungen, die der Wahrheit zuwiderliefen. Auf Grund dieser Erwägungen kommt er zu der Auffassung, daß der Richter verpflichtet sei, die Eintragung von der Ermittlung der Wahrheit stets dann abhängig zu machen, wenn er die Überzeugung von der Richtigkeit nicht ohne weiteres habe.

Der § 12 fr. Gerichtsb. Ges. statuiert allerdings für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und somit auch für das Registergericht die Offizialmaxime. Er ordnet an, daß der Registerrichter hinsichtlich der Ermittlungen in keiner Weise an die Angaben der Beteiligten gebunden ist, aber er ordnet dies, wie die Denkschrift sagt [1]), „nur insoweit an, als für die einzelne Angelegenheit, z. B. für die Eintragung von Schiffspfandrechten oder die Eintragungen in das Handelsregister nicht ein anderes bestimmt ist;“ und was hier die Denkschrift von den Eintragungen im Handelsregister behauptet, ergibt sich auch tatsächlich aus den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über das Handelsregister und zu deren Ergänzung aus der geschichtlichen Entwickelung des Registers. Denn danach hat der Richter, wie bereits erwähnt, nur die Erklärungen zu beurkunden und zur öffentlichen Kenntnis zu bringen, und es würde dieser Bedeutung der Eintragung widersprechen, wenn der Richter auch die materielle Wahrheit zu prüfen hätte.

Wenn nun auch mit dem Eindringen der weitergehenden konstitutiven Bedeutung der Eintragung in einzelnen Fällen die Pflicht zur Nachprüfung der materiellen Wahrheit der Erklärungen eingetreten ist, so sind diese Fälle genau wie die Fälle der konstitutiven Eintragung selbst, als die Ausnahmen von der Regel zu betrachten. Diesen ist nach dem neuen Handelsgesetzbuch eine weitere bedeutende durch die Bestimmung

[1]) Düringer-Hachenburg S. 313.

des § 5 hinzugetreten. Die Wichtigkeit dieser Eintragung erfordert es, daß der Richter sich Gewißheit darüber verschafft, ob das Gewerbe auch wirklich ein Handelsgewerbe oder ein Großhandelsgewerbe ist. Alle diese Fälle rechtfertigen aber nicht den Schluß auf eine allgemeine Prüfungspflicht des Richters für die materielle Wahrheit. Es besteht für ihn zwar jederzeit das Recht zur Nachforschung, die Pflicht aber nur, wenn er berechtigten Zweifel an der Wahrheit der angemeldeten Erklärung hegt.

Ebenso ist es mit der beaufsichtigenden Tätigkeit des Richters. Auch hier hat er das Recht, die Löschung ordnungswidriger Eintragungen von Amts wegen vorzunehmen, eine Pflicht, daraufhin die Eintragungen zu prüfen, besteht jedoch nicht früher, als bis ihm besondere Veranlassung gegeben ist.

In konsequenter Durchführung seiner Ansicht kommt Staub zu dem Ergebnis, daß die Eintragung die Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache für sich habe.

Dieser Ansicht können wir nicht beitreten und nehmen vielmehr auf Grund der geringen Prüfungspflicht des Richters an, daß eine allgemeine Rechtsvermutung für die Übereinstimmung der Eintragung mit der Wirklichkeit nicht besteht. Hätte das Gesetz dies gewollt, so hätte es dies auch u. E. durch einen besonderen Satz aussprechen müssen[1]).

---

[1]) Lehmann-Ring Anm. No. 4 zu § 15 a. E.

e. Schlußfolgerung.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich:

1) daß die Eintragung im Handelsregister auf das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis nach innen keinen Einfluß ausübt, daß sie, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis nichtig oder anfechtbar ist, es nicht gültig macht oder den ihm anhaftenden Mangel heilt,
2) daß sie nach außen hin dem Dritten kein positives Recht schafft. Der Dritte kann sich also nicht ohne weiteres auf die Eintragung berufen und die Beteiligten können ihm die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses entgegensetzen,
3) daß, soweit nicht das Gesetz besondere Ausnahmen statuiert, nicht einmal eine Vermutung für die Übereinstimmung der Eintragung und des Rechtsverhältnisses besteht, sodaß eine Umkehrung der Beweislast einträte,
4) daß die Eintragung nur beweist, daß die Beteiligten eine der Eintragung entsprechende Erklärung dem Registergericht, und da das Handelsregister öffentlich ist, indem es von jedermann eingesehen werden kann und sein Inhalt regelmässig durch Zeitungen bekannt gemacht wird, der Öffentlichkeit gegenüber abgegeben haben.

B.

Die selbständige Bedeutung:

I. bei der offenen Handelsgesellschaft und gewöhnlichen Kommanditgesellschaft.

a. Die Bedeutung der Eintragung bei der Laband'schen Theorie über die Gesellschaften.

Ist also der Gesellschaftsvertrag einer eingetragenen offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft nichtig oder anfechtbar und angefochten, so übt die Eintragung auf den Vertrag keinen Einfluß aus und die Beteiligten können die Nichtigkeit jedem Dritten entgegensetzen, der sie aus gesellschaftlichen Verbindlichkeiten in Anspruch nimmt. Nur nach einer unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs aufgestellten, insbesondere von Laband und Schwalb vertretenen Theorie [1]) über die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft wäre dies nach erfolgter Eintragung der Gesellschaften ausgeschlossen gewesen. Nach dieser kommt es für die Haftung der genannten Gesellschafter Dritten gegenüber gar nicht auf das innere

[1]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 30 S. 521 und Bd. 34 S. 368; v. Hahn Art. 90 § 8 u. Anm.

Verhältnis an. Ein Vertrag braucht überhaupt nicht zu bestehen. Das Wesen der Gesellschaft bestand lediglich in der Regulierung der äußeren Haftung durch Vertrag. Sie waren keine Gesellschaftsarten, sondern Haftungsarten. Sie waren kein Rechtsverhältnis, bei welchem die Gesellschafter Rechte und Pflichten gegen einander hatten, sondern nur ein Rechtsverhältnis, „kraft dessen die Beteiligten solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen oder einem Teil desselben für alle aus einem gewissen Gewerbebetrieb hervorgehenden Verbindlichkeiten hafteten“ [1]). Waren mehrere Beteiligte vereinbartermassen durch eine Kundgebung nach aussen hin als offene Handelsgesellschafter oder Kommanditisten aufgetreten, so war ihre Haftung damit begründet. Eine solche Kundgebung lag insbesondere auch in der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister. Hiernach war eine Haftung mit der Eintragung auch bei Nichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages ohne weiteres gegeben, sie beruhte aber nicht auf dieser, sondern auf der eigenartigen Begriffsbestimmung, die man der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft gab.

Dieser bereits früher nicht anerkannten Theorie ist der Gesetzgeber bei der Einführung des neuen Handelsgesetzbuchs entgegengetreten, indem er durch die Definition deutlich zum Ausdruck gebracht hat, daß zum Wesen der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages gehört, und daß somit bei Nichtig-

[1]) v. Hahn Anm. 7 zu Art. 90.

keit desselben von der Existenz einer Gesellschaft nicht die Rede sein und Dritten gegenüber eine Haftung aus dem Gesellschaftsvertrage nicht begründet werden kann.

b. Die Praxis des Reichsgerichts über die selbständige Bedeutung.

Übt die Eintragung auch nach innen keinen Einfluß auf den Vertrag aus, so liefert sie nach den obigen Ausführungen jedenfalls den Beweis, daß, da die Anmeldung von jedem offenen Handelsgesellschafter und von jedem Kommanditisten zu erfolgen hat, die Beteiligten dem Registergericht und damit der Öffentlichkeit gegenüber erklärt haben, offene Handelsgesellschafter oder Kommanditisten einer bestimmten Gesellschaft zu sein. Aus dieser Wirkung der Eintragung hat das Reichsgericht in konstanter Praxis die als Gesellschafter Eingetragenen auch bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages genau so haften lassen, als wenn der Vertrag gültig gewesen wäre. (vgl. Entsch. d. R. O. H. G. Bd. 13 S. 375; R. G. Bd. 40 S. 146 und Bd. 51 Nr. 8). Es stellt ganz allgemein den Satz auf, daß die Eintragungen im Handelsregister als öffentliche im Rechtsverkehr abgegebene verantwortliche Erklärungen zu gelten haben, auf die sich jeder berufen könne (R. G. Bd. 51 No 8), und daß der Erklärende den Inhalt der Erklärung gegen sich gelten lassen müsse. Einen Rechtsgrund für diese in der Wirkung sehr nahe an den öffentlichen Glauben heranreichende Bedeutung gibt

es nur insofern an, als es sagt, daß dies allgemeinen Grundsätzen entspreche. (R. G. Bd. 40 S. 146).

Das Reichsgericht bricht somit mit der Ansicht, daß die Eintragung in das Handelsregister nur eine allgemeine Bekanntmachung, eine Anzeige des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses an das Publikum, sie also keine Willenserklärung im juristisch technischen Sinne ist, sondern es trennt die der Eintragung zugrunde liegende Erklärung los von der bei Begründung des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses abgegebenen und wandelt sie um in eine auf einen Erfolg rechtlich bedeutsamer Art gerichtete Willenserklärung, die selbständig rechtliche Wirkungen erzeugt, und zu der es eines neuen Willensentschlusses bedarf, der von dem bei Begründung des Rechtsverhältnisses gefassten verschieden ist. Es ergibt sich hieraus für eine Gesellschaft die Möglichkeit, daß die Vertragserklärung, die der Beteiligte den Gesellschaftern gegenüber abgibt, fehlerhaft ist, während die Dritten gegenüber abgegebene rechtsgültig besteht, und es kommt für ihre Wirksamkeit nur darauf an, ob für sie die für Willenserklärungen gegebenen Erfordernisse vorhanden sind, sie also selbst nicht nichtig oder anfechtbar ist.

Das Reichsgericht legt diese Bedeutung nicht nur der ausdrücklichen Erklärung, sondern jeder Kundgebung bei, sodaß der Kundgebende bei dem, was er durch seine Kundgebung zum Ausdruck bringt, festgehalten wird. Diese Kundgebung kann auf verschiedene Weise erfolgen: durch gemeinschaftlichen Geschäftsbeginn, indem entweder von den Beteiligten selbst oder mit ihrem

Wissen und Willen von einem Vertreter Geschäfte geschlossen werden. Als solche sind nicht bloß die Geschäfte des betreffenden Handelsgewerbes zu verstehen, sondern es genügen auch die vorbereitenden Geschäfte, wie Mieten des Geschäftslokals, Ankauf von Maschinen, selbst Rechtshandlungen, wie Versendung von Proben und Preislisten reichen aus; ferner kann sie geschehen durch öffentliche Bekanntmachung in den Zeitungen, durch Zusendung von Zirkularen und spezielle Mitteilung an den einzelnen, und vor allen Dingen durch die Eintragung in das Handelsregister.

Der Grund für die Haftung liegt also in der Kundgebung und die Eintragung in das Handelsregister hat nur insofern Bedeutung, als durch sie die Kundgebung vermittelt wird. Die Haftung eines Beteiligten, der ohne Benutzung des Handelsregisters nach außen hin auf einem der anderen bezeichneten Wege seine Beteiligung als offener Handelsgesellschafter oder Kommanditist kundgeben würde, würde daher ebenso begründet sein wie bei der Eintragung. Es ist somit keine besondere Bedeutung der Eintragung, auf der die Haftung beruht. Dies ergibt sich auch aus einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. Januar 1903[1]), in der es die Mitglieder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für die von dem Geschäftsführer unter der gemeinschaftlichen Firma abgeschlossenen Geschäfte deshalb in gleichem Umfange haften läßt, als wenn die Geschäftsführer nach Handelsrecht bevollmächtigt gewesen wären, weil sie

[1]) Entsch. i. Sächs. Archiv Bd. 13 Heft 5/6 S. 350.

ein gemeinschaftliches Geschäft unter einer gemeinschaftlichen — wenn auch im Handelsregister nicht eingetragenen — Firma geführt und durch die Firma Dritten gegenüber erklärt haben, daß ihr geschäftsführender Gesellschafter von ihnen dieselbe Vertretungsmacht erhalten habe, die ein Geschäftsführer, der nach Handelsrecht zur Zeichnung einer Firma berechtigt ist, besitzt.

c. Der Rechtsgrund für die Haftung aus der Kundgebung.

Wie wir bereits hervorgehoben, hat das Reichsgericht einen Rechtsgrund für die Haftung nicht angegeben. Es ergibt sich daher, nachdem wir festgestellt haben, daß der Grund der Haftung in der Kundgebung liegt, die weitere Frage, ob die Kundgebung allein eine solche Wirkung erzeugen kann oder ob sie nur in Verbindung mit einem anderen Rechtsgrund eine solche begründet. Eine gesetzliche Bestimmung, nach welcher jedermann ohne weiteres aus dem von ihm Kundgegebenen in allen Fällen hafte, und daß man schon, indem man eine Willensbewegung in die Welt setzt, sich dem gutgläubigen Verkehr gegenüber verpflichte, gibt es weder im Handelsrecht noch im bürgerlichen. Eine Haftung auf Grund der positiven Bestimmungen läßt sich nur herleiten, wenn noch besondere Umstände zu der Kundgebung hinzutreten; so wenn die Kundgebung falsch ist und der Kundgebende die Unrichtigkeit des Kundgegebenen gekannt hat oder hätte kennen müssen, so daß eine

Haftung aus §§ 276, 823 ff. B.G.B. begründet ist, oder wenn die Kundgebung von einer bestimmten Person in einer solchen Art und Weise abgegeben ist, daß in ihr ein Garantieversprechen gefunden werden kann[1]).

Nur vereinzelt finden sich Bestimmungen im Gesetz, in denen der Kundgebung allein eine besondere Wirkung beigelegt wird. Eine eingehende Betrachtung dieser dürfte uns Aufschluß über unsere Frage nach dem Rechtsgrunde geben.

Nach § 171 B.G.B. haftet derjenige, welcher durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, jedem Dritten auf Grund der Kundgebung für die von dem Bevollmächtigten getätigten Rechtsgeschäfte, wenn auch die erteilte Vollmacht nichtig ist oder infolge einer später wirksamen Anfechtung als von Anfang an nichtig gilt. Die Haftung bleibt in diesem Falle bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird. Nur wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß, findet die Vorschrift keine Anwendung.

Folgt man den Motiven[2]), so enthält diese Bestimmung nur scheinbar eine Haftung aus der Kundgebung. Nach ihnen ist nicht diese der Grund, aus dem die Haftung eintritt, sondern die Vollmacht, die nicht nur durch Erteilung an den Bevollmächtigten, sondern auch durch Mitteilung an einen bestimmten

---

[1]) vgl. Lehmann-Ring § 335 Anm. 19.

[2]) Haidlen Anm. zu § 171 Bd. I S. 208.

Dritten oder jeden Dritten entsteht. Diese Mitteilung an einen bestimmten Dritten begründet diesem gegenüber, die öffentliche Bekanntmachung jedem gegenüber die Vollmacht des in der Kundgebung als bevollmächtigt Bezeichneten. Sie weisen darauf hin, daß die Rechtsfolge dieser Erklärung, wenn dem praktischen Bedürfnisse Genüge geschehen solle, sich nicht darauf beschränken dürfe, daß, wenn sich die Ungültigkeit der Vollmachtserteilung an den Bevollmächtigten selbst nachträglich herausstelle, der Vollmachtgeber dem Dritten obligatorisch verpflichtet werde, sich so behandeln zu lassen, als habe der Vertreter Vollmacht gehabt. Der Verkehr erfordere vielmehr, daß schlechthin die Rechtslage eintrete, welche sich ergeben würde, wenn der Kundgebung die Bedeutung einer für sich bestehenden Vollmachtserteilung innewohnte. Nach allgemeinen Grundsätzen stehe dem auch nichts entgegen, daß die Ermächtigung zur Vertretung in dieser Weise erteilt werde. Sie habe deshalb als eine selbständige Vollmachtserteilung zu gelten [1]).

Folgt man dieser Auffassung, so läßt sich für unseren Fall ein Prinzip aus § 171 B.G.B. nicht herleiten, da es sich bei ihm nicht um Haftung aus der Kundgebung, sondern aus der durch die Kundgebung erteilten Vollmacht handelt. Diese Auffassung der Motive steht nicht im Einklang mit dem Wortlaute des Gesetzes. Denn der Fall der Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten ist bereits im § 170 B.G.B. ge-

[1]) vgl. Haidlen Anm. zu § 171 S. 208.

regelt, und es wäre der § 171 überflüssig, wenn man der obigen Ansicht beiträte. Außerdem besagt der § 171 ausdrücklich, daß es sich um die Anzeige einer bereits erteilten Vollmacht handelt und daß die Haftung auf Grund der Kundgebung eintreten solle. Hiernach enthält der § 171 B.G.B. einen Fall, in welchem der Gesetzgeber die einfache Anzeige von dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses zu einer Willenserklärung im technischen Sinne erhoben und ihr ohne das Hinzutreten anderer Umstände eine bindende Kraft gegeben hat.

Einen weiteren Fall, aus dem sich ein Grundsatz ergeben könnte, enthält der § 179 B.G.B., nach welchem derjenige, der als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet sei, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist. Dieser Paragraph läßt also eine Haftung dessen, der sich als Vertreter ausgibt, trotzdem er es nicht ist, aus dieser Kundgebung eintreten und hat somit mit dem von der Praxis aufgestellten Satze, daß derjenige, der sich als Kaufmann oder als offener Handelsgesellschafter geriert, auch als solcher haftet, Ähnlichkeit. Der Vertreter haftet, selbst wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat und ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt[1]). Die Kenntnis oder Nichtkenntnis des Mangels bewirkt nur einen Unterschied in dem Umfange der Schadensersatzpflicht,

[1]) Rehbein S. 281 Anm. zu §§ 164—181 III, 2a.

indem der Pseudovertreter bei Kenntnis das positive und bei Unkenntnis das negative Interesse zu ersetzen hat. Hier hat also lediglich das Auftreten als Vertreter ohne den Nachweis eines Verschuldens die Kraft, eine Haftung zu begründen. Der § 179 B.G.B. schließt sich an die Art. 55 und 298 des alten Handelsgesetzbuchs an, die denselben Grundsatz für den enthalten, der als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter oder auf Grund einer Vollmacht zu einem einzelnen Handelsgeschäft ein Geschäft abschließt, ohne Prokura, Handlungsvollmacht oder Vollmacht zu haben. Über die juristische Konstruktion dieser Artikel sind verschiedene Ansichten aufgestellt. Die einen stützen die Haftpflicht auf eine culpa in contrahendo des Vertreters und verlangen, um ihn haftbar zu machen, ein Verschulden, welches noch nicht darin gefunden wird, daß er sich als Vertreter eines anderen geriert, ohne die Vertretungsbefugnis zu haben, sondern darin bestehen muß, daß er in der Prüfung seiner Vollmacht nachlässig gewesen ist oder den Mangel seiner Befugnis kennt, es aber verabsäumt, den anderen darauf aufmerksam zu machen[1]). Diese nicht anerkannte Theorie läßt eine Haftung des Vertreters bei dem Nichtvorhandensein eines Verschuldens nicht eintreten und gibt somit keine Stütze gerade für den nach allgemeiner Ansicht[2]) in Art. 55 ausgesprochenen Satz, daß der

[1]) Laband i d. Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 10 S. 234, 235.

[2]) Behrend § 51 S 357; Anschütz u. v. Völderndorff Art. 55 Anm. 7 S. 316 und 317 o; v. Hahn § 3 zu Art. 55 Anm. 4.

Vertreter auch ohne Täuschung oder Fahrlässigkeit selbst bei entschuldbarem Irrtum haftet.

Diesem Erfordernis genügt dagegen eine andere hauptsächlich von Windscheid und Bähr vertretene Ansicht [1]), welche den Grund der Verpflichtung darin finden, daß der Vertreter durch sein Auftreten als solcher die Garantie für das Bestehen der Vollmacht übernehme. Indem er den Vertrag zustande bringe, übernehme er eine dem Interesse des Vertrages gleichkommende Verantwortlichkeit. In demselben Sinne hat sich auch das Reichsgericht dahin geäußert, daß in dem Kontrahieren des Stellvertreters stets eine stillschweigende Übernahme der Garantie für die Vollmacht liege [2]).

Eine dritte Ansicht führt den Grund für die Haftung aus Art. 55 überhaupt nicht auf allgemeine rechtliche Grundsätze zurück, sondern sieht in ihr eine unmittelbar ex lege entspringende Verbindlichkeit. Nach ihr handelt es sich um eine Sonderbestimmung, die an eine bestimmte Tatsache eine besondere gesetzliche Folge knüpft, sodaß als Grund eben nur das Sichgerieren des Vertreters und das Nichtvorhandensein der Vollmacht anzusehen ist [3]).

Von diesen Kostruktionen kommen für unseren Fall nur die beiden letztgenannten in Betracht. Denn

---

[1]) Windscheid, Pand. § 74 Anm. 8 und Bähr in Ihering's Jahrb. Bd. 6 S. 293.

[2]) Entscheid. d. Reichsger. in Civils. Bd. 6 S. 214; Bd. 35 S. 145 ff,

[3]) Anschütz u. v. Völderndorff, Anm. 6 zu Art. 55 S. 316. 317; v. Hahn Art. 55 § 3 und Behrend § 51.

die Haftung auf eine culpa in contrahendo zurückzuführen, scheidet aus, weil es sich gerade darum handelt, einen Haftungsgrund zu finden, bei dem das Verschulden keine Rolle spielt. Folgt man der letzten Konstruktion — besondere Haftung ex lege —, so läge hier ein vereinzelter Fall vor, in welchem der Gesetzgeber an das Auftreten, an das Sichgerieren oder Kundgeben ohne Hinzutreten anderer Umstände eine Haftung knüpfte. Folgt man dagegen der zweiten und sieht man in dem Auftreten als Vertreter selbst dann, wenn er den Mangel der Legitimation nicht kennt, eine stillschweigende Garantie dafür, daß er die Verantwortlichkeit für das Bestehen übernehme und folglich für alle Folgen genau so eintreten wolle, als wenn die Vollmacht bestände, so liegt kein Grund vor, eine solche Garantie nicht auch dann anzunehmen, wenn jemand sich als Kaufmann oder als offener Handelsgesellschafter oder als Kommanditist einer bestimmten Gesellschaft geriert, ohne es wirklich zu sein. Dies trifft umsomehr zu, als gerade der Grund, der stets gegen die Annahme einer Garantieverpflichtung bei Art. 55 angeführt wird, bei den für unseren Fall in Betracht kommenden Erklärungen fortfällt. Es wird nämlich geltend gemacht, daß der Stellvertreter gerade dadurch, daß er nicht in seinem, sondern in fremdem Namen kontrahiere, jede eigene Verbindlichkeit ablehne[1]). Dies tut aber derjenige, der als Gesellschafter auftritt, ohne es zu sein, nicht. Berücksichtigt man ferner, daß es besonders im

[1]) Laband i. d. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 10 S. 234.

Handelsverkehr auf Treu und Glauben ankommt und deshalb hier dem Auftreten im Verkehr eine erhöhte Bedeutung zukommt, letzteres auch besonders deshalb, weil aus dem Handelsregister wegen seines oben angeführten Charakters nie mit Bestimmtheit ersehen werden kann, ob jemand wirklich Kaufmann oder Gesellschafter ist und daher der einzelne, um diese Eigenschaft einer Person festzustellen, hauptsächlich auf deren Auftreten im Verkehr angewiesen ist, so könnte man erst recht zu der Ansicht kommen, daß in der Erklärung: „ich bin offener Handelsgesellschafter oder Kommanditist einer bestimmten Firma“ gleichzeitig das Garantieversprechen läge, daß, wenn der Erklärende es nicht sei, er sich jedenfalls so behandeln lassen wolle, als wenn er es wäre.

Nach § 409 B.G.B. muß der Gläubiger, der dem Schuldner anzeigt, daß er die Forderung abgetreten habe, die angezeigte Abtretung dem Schuldner gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn die Abtretung tatsächlich nicht erfolgt oder nichtig ist. Hier hat der Gesetzgeber der Erklärung, daß die Forderung abgetreten sei, dem Schuldner gegenüber dieselbe Wirkung beigelegt, wie der Abtretung selbst. „Er sieht in ihr die Kundgebung des Willens seitens des Gläubigers, daß der Schuldner den in der Anzeige bezeichneten Dritten als alleinigen Gläubiger fortan zu betrachten, nur an diesen zu leisten und nur mit ihm sich in Verhandlungen einzulassen habe“ [1]), und erhebt die einfache Erklärung zu einem einseitigen Rechtsgeschäft.

[1]) Haidlen S. 464.

In diesem Falle hat das Gesetz gleichfalls ohne das Hinzutreten eines anderen Rechtsgrundes der Kundgebung allein rechtliche Wirksamkeit beigelegt.

Weitere Bestimmungen, deren Gesetzesgrund eine Haftung aus der Erklärung bei analoger Anwendung geben könnte, enthalten die §§ 15 und 5 H.G.B.

Der erstere bestimmt, daß jede im Handelsregister einzutragende Tatsache, solange sie nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, von demjenigen, in dessen Angelegenheit sie eingetragen war, einem Dritten nur entgegengesetzt werden kann, wenn sie diesem bekannt ist. Zu diesen einzutragenden Tatsachen gehören auch die Veränderung und die Endigung eines Rechtsverhältnisses, sodaß jeder Gutgläubige sich auf die Nichteintragung dem Beteiligten gegenüber berufen kann, auch wenn das der Eintragung zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht mehr besteht. So können die Gesellschafter einer einmal ins Leben getretenen offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, wenn sich die Gesellschaft aufgelöst hat oder aus irgend einem Grunde nicht mehr besteht, die Endigung aber nicht im Handelsregister vermerkt und bekannt gemacht ist, dem Dritten dieses Nichtbestehen der Gesellschaft nicht entgegenhalten. Trotz des Nichtbestehens der Gesellschaft haften sie ihm auch aus den während der Nichtexistenz geschlossenen Geschäften genau so, als wenn sie noch Gesellschafter wären. Dabei ist es gleichgültig, ob das ursprüngliche Bestehen der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen war oder nicht[1]);

[1]) Staub Anm. 4 zu § 15 u. Lehmann-Ring No. 5 zu § 15.

unbedingtes Erfordernis ist es aber, daß sie einmal wirklich bestanden hat und nicht von Anfang an nichtig oder nur scheinbar vorhanden gewesen ist.

Dieser Paragraph läßt also gleichfalls eine Haftung als Kaufmann, als Gesellschafter u. s. w. eintreten, trotzdem ein Handelsgewerbe, eine Gesellschaft nicht vorhanden ist, und zwar ganz unabhängig davon, ob ein Verschulden des Anmeldepflichtigen vorliegt oder nicht[1]). Die Haftung tritt sogar ein, wenn die Anmeldung ordnungsmäßig erfolgt, die Eintragung und Bekanntmachung aber infolge Versehens des Richters unterblieben ist[2]). Denn es handelt sich hier nicht, wie eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts ausführt[3]), um Ordnungsvorschriften, auf deren Nichtbefolgung die Annahme der Fortdauer des bisherigen Zustandes oder der Existenz des gewöhnlich vorauszusetzenden Zustandes als Strafe gesetzt ist, sondern um ein Recht des Dritten im Handelsverkehr von der Änderung eines einmal kundgegebenen Rechtszustandes oder dem Vorhandensein besonderer von dem Präsumtiven abweichender Ausnahmezustände Mitteilung zu erhalten. Der Grund besteht also darin, daß der Dritte, wenn er einmal ein Rechtsverhältnis als bestehend erkannt hat, sich darauf verlassen kann, daß es solange fortbesteht, bis daß es in der für den Handelsverkehr üblichen Weise, also durch Vermittlung des Handelsregisters, widerrufen ist.

---

[1]) Düringer-Hachenburg § 15 V.

[2]) Makower III Aa zu § 15; Anschütz u. v. Völderndorff Anm. 43 Einl. z. Tit. II.

[3]) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 23 S. 281.

Dieser Grundsatz kann für unseren Fall nicht in Betracht kommen, da es sich gerade um die Haftung aus einem Rechtsverhältnis handelt, das überhaupt noch nicht zur Existenz gekommen zu sein braucht, das von Anfang an nichtig gewesen sein kann. Der Grund, der den Gesetzgeber zu der singulären Bestimmung des § 15 H.G.B. veranlaßt hat, liegt in unserem Fall nicht vor, und deshalb ist eine analoge Anwendung ausgeschlossen.

Nach § 5 H.G.B. kann, wenn eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe oder Vollhandelsgewerbe ist. Wenn daher mehrere Personen eine offene Handelsgesellschaft begründet haben, aber nicht das für eine solche wesentliche Handelsgewerbe betreiben, so können sie nach erfolgter Eintragung die Unwirksamkeit der Gesellschaft nicht deshalb geltend machen, weil es an einem Handelsgewerbe fehle. Voraussetzung ist, daß sie überhaupt ein Gewerbe betreiben, und es ist dann nur der Einwand versagt, daß es kein Handelsgewerbe sei. Der Paragraph enthält lediglich eine besondere Wirkung der Eintragung, die der Gesetzgeber, ohne ein bestimmtes Prinzip aufzustellen, als Ausnahme angeordnet hat, „weil das praktische Bedürfnis eine solche Ausnahme erheische“ [1]). Eine analoge Anwendung auf den Fall, daß eine Gesellschaft im Handelsregister eingetragen steht, die überhaupt nicht existiert, ist somit ausgeschlossen.

[1]) Düringer-Hachenburg S. 57.

Aus diesen Betrachtungen ergibt sich, daß eine Haftung aus der Kundgebung dem geltenden Recht nicht fremd ist, daß aber nur in einzelnen Fällen die Kundgebung den Rechtsgrund für die Haftung in sich trägt, während in mehreren Fällen der Rechtsgrund ein anderer ist.

Von den letzteren kann für unseren Fall nur der in Betracht kommen, daß die Erklärung gleichzeitig ein Garantieversprechen enthält. Wenn sich nun auch, wie bereits hervorgehoben, besonders im Handelsrecht manche Gründe für die Annahme eines solchen erbringen lassen, so ist doch nicht zu leugnen, daß hierdurch etwas in die Erklärung hineingelegt wird, was ihr in Wahrheit nicht innewohnt. Der Erklärende ist sich in der Regel bei Abgabe der Erklärung garnicht bewußt, daß das der Erklärung zugrunde liegende Rechtsverhältnis nichtig ist, sodaß er an eine Garantieübernahme garnicht denkt. Es wird ihm daher ein Wille unterstellt, den er nicht hat.

Will man somit eine Haftung aus der Kundgebung ohne das Hinzutreten weiterer Umstände überhaupt annehmen, so bleibt nur übrig, dies in Anlehnung an die in den §§ 171, 179 und 409 aufgestellten Sätze von der Haftung aus der Erklärung zu tun und den Rechtsgrund in der Kundgebung an sich zu sehen.[1]) Die Begründung wäre dann darin zu finden, daß der Erklärende durch seine Erklärung in jedem Dritten, der sich auf die Richtigkeit der Erklärung verlassen

[1]) vgl. Makower § 123 Anm. IVa.

hat, ein Vertrauen erweckt, das er rechtfertigen muß.

Unseres Erachtens ist es jedoch nicht ganz unbedenklich, den in diesen einzelnen Fällen vom Gesetzgeber aufgestellten Satz von der Haftung aus der Kundgebung zu verallgemeinern und jeder handelsrechtlichen Kundgebung ohne weiteres bindende Kraft zu geben. Tut man dies aber, so ergibt sich die weitere Frage, ob die Kundgebung als einseitiges Rechtsgeschäft [1]) oder als ein Vertragsantrag an eine unbestimmte [2]) Person aufzufassen ist. Die in § 409 zum einseitigen Rechtsgeschäft erhobene Anzeige ist an eine bestimmte Person, den Schuldner, abzugeben, gehört also zu den einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften. In unserem Falle fehlt es an einer bestimmten Person, der gegenüber die Erklärung abzugeben ist, sie richtet sich an die Öffentlichkeit, sodaß zwischen dieser und der im § 409 ein Unterschied besteht, der es nicht zuläßt, im Anschluß an diesen Paragraphen der Kundgebung in unserem Falle gleichfalls die Bedeutung eines einseitigen Rechtsgeschäfts beizulegen. Mehr Ähnlichkeit besteht zwischen der Kundgebung in unserem Falle und derjenigen der Auslobung. Auch diese wird der Öffentlichkeit gegenüber abgegeben und hat verbindliche Kraft, ohne daß sie angenommen wird. Einer Anwendung dieser Bestimmung auf unseren Fall steht jedoch der § 305 B. G. B. entgegen. Denn dieser bestimmt, daß in der Regel bei Geschäften

[1]) So: Wiener i. d. Ztschr. f. d. ges. Handelsr. B. 24 S. 460.

[2]) So: Makower § 123 Anm. IVa.

unter Lebenden nur das akzeptierte Versprechen eine Verpflichtung zur Erfüllung erzeugt, daß dagegen das einseitige nicht einer bestimmten Person gegenüber, wenn auch mit dem Verpflichtungswillen, abgegebene Versprechen unverbindlich ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt.

U. E. ist daher die Kundgebung, wenn man überhaupt eine Haftung aus ihr annimmt, als ein Vertragsantrag an eine unbestimmte Person[1]) anzusehen, dessen Annahme dadurch zustande kommt, daß jemand mit der Gesellschaft kontrahiert. Daß hierbei die Annahme nicht dem Antragenden gegenüber erklärt wird, ist unerheblich, da dies nach § 151 B. G .B. nicht erforderlich ist, wenn man eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten braucht[2]).

Auf Grund dieses Vertrages hat sich der Erklärende dem Annehmenden gegenüber dem Inhalte seiner Erklärung entsprechend behandeln zu lassen. Hat er sich als offener Handelsgesellschafter oder als Kommanditist einer Firma geriert, so gilt er auch als solcher Dritten gegenüber, welche im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Kundgebung mit der Gesellschaft Geschäfte abgeschlossen haben, wobei stets daran festzuhalten ist, daß er nicht tatsächlicher Gesellschafter ist, sondern sich nur auf Grund des Vertrages als solcher behandeln lassen muß. Hat der Dritte die Nichtigkeit des der Kundgebung zugrunde liegenden

---

[1]) Für die Zulässigkeit eines solchen: Planck Anm. 1 zu § 145.

[2]) vgl. Makower a. a. O.

Rechtsverhältnisses gekannt, so liegt der Grund für die Haftung — Erwecken eines Vertrauens, das zu rechtfertigen ist — nicht vor und der Erklärende wird von der Haftung frei [1]).

Wenn wir hiernach der Kundgebung nicht ganz allgemein ohne das Hinzutreten anderer verpflichtender Umstände die ihr vom Reichsgericht beigelegte Bedeutung geben, so möchten wir doch der Erklärung, offener Handelsgesellschafter oder Kommanditist einer bestimmten Gesellschaft zu sein, bindende Kraft beilegen auf Grund des Wesens der gesellschaftlichen Willenserklärung und der Ähnlichkeit dieser mit der bei einer Bevollmächtigung abgegebenen.

Schon dem römischen Recht war es nicht fremd, daß die zu Bevollmächtigungen abgegebenen Willenserklärungen, welche zunächst nur dem Gegenkontrahenten gegenüber abzugeben waren, gleichzeitig eine Wirkung dritten Personen gegenüber hatten. So hatte die Anstellung eines Schiffers durch den Rheder die Wirkung, daß Dritte, die mit dem Schiffer die üblichen Geschäfte abschlossen, aus diesen den Rheder haftbar machen konnten; hatte ferner jemand einen anderen in seinem Gewerbe für einen Geschäftszweig, zu welchem der Abschluß von Rechtsgeschäften gehörte, angestellt (institor), oder einem anderen allgemeine Vollmacht erteilt, so wurde er aus den von diesem innerhalb seiner Zuständigkeit geschlossenen Geschäften neben jenem verpflichtet. Der Institor, der Schiffer, der Be-

[1]) So Lehmann-Ring Anm. No. 2 zu § 105.

vollmächtigte waren verbunden, die Anweisungen des Geschäftsherrn zu beobachten, und sie machten sich durch die Nichtbefolgung verantwortlich. Dritten gegenüber haftete der Geschäftsherr aber auch aus den Geschäften, welche diesen Anweisungen zuwiderliefen, sofern sie nur zu den von Schiffern oder Institoren oder den Bevollmächtigten gleicher Art gewöhnlich geschlossenen Geschäften gehörten. Es lag somit in der Einsetzung eines solchen Bevollmächtigten bereits ein Moment, das eine über die diesem gegenüber eingegangene Verbindlichkeit hinausgehende Verpflichtung enthielt. Dieses beruhte nicht in der Tatsache der Machterteilung an den Ermächtigten, denn diese konnte ja gerade dahin gehen, daß der Bevollmächtigte das betreffende Geschäft nicht abschließen durfte, sondern es lag in der auf den Willen des Erklärenden zurückzuführenden, an die Dritten gerichteten Kundgebung, daß eine solche Ermächtigung erteilt sei, daß also der Kundgebende die Rechtsfolgen der Handlungen des als ermächtigt Hingestellten auf sich nehme [1]).

Diese Kundgebung konnte ausdrücklich durch besondere oder allgemeine Bekanntmachung erfolgen, sie lag aber auch bereits in der Vollmachtserteilung und wurde durch den Beginn der Tätigkeit des Bevollmächtigten den Dritten übermittelt. Durch die Vollmachtserteilung kamen somit zwei verschiedene Willen zum Ausdruck: einmal der für den Bevollmächtigten bestimmte, daß die Vollmacht verliehen sei, und zum

[1]) Wiener i. d. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 24 S. 455.

andern der für jeden Dritten bestimmte, daß der Bevollmächtigte die Vollmacht erhalten habe. Für die Haftung Dritten gegenüber war es unerheblich, ob die eigentliche Vollmachtserteilung infolge von Täuschung, Irrtum oder Drohung nichtig oder anfechtbar war, wenngleich in den meisten Fällen der Nichtigkeitsgrund für diesen Teil der Willenserklärung gleichzeitig die Kundgebung mittraf; war die Kundgebung für sich gültig erfolgt, so war die Haftung Dritten gegenüber damit begründet. Diese bereits früher anerkannte selbständige Bedeutung der Kundgebung bei der Vollmacht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch durch die Bestimmungen der §§ 170 ff. zum Ausdruck gekommen.

In diese Kategorie von Willenserklärungen mit einer Mehrheit von Rechtsbeziehungen fallen auch die bei Begründung der genannten Gesellschaften abgegebenen[1]).

Auch sie enthalten von vorneherein zweierlei: die dem Gegner gegenüber abzugebende Willenserklärung, durch die der Gesellschaftsvertrag nach innen entsteht, und zum andern die Kundgebung nach außen, daß dieser Vertrag begründet ist. Wegen dieser Ähnlichkeit der Willenserklärungen ist u. E. entsprechend, wie man der Kundgebung bei der Vollmachtserteilung eine selbständige Bedeutung gibt, eine solche auch der Kundgebung bei der Gesellschaft beizulegen, und sind auf diese die Bestimmungen der §§ 171, 173 B.G.B. zur Anwendung zu bringen. Danach würde jeder, der durch besondere Mitteilung oder durch öffentliche

[1]) vgl. Wiener i. d. Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 24 S. 457.

Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er als offener Handelsgesellschafter, als Komplementär oder Kommanditist an einer bestimmten Gesellschaft beteiligt sei, dementsprechend haften, bis er die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen hat. Nur dem Dritten gegenüber, der die Nichtigkeit der Gesellschaft gekannt hat, tritt eine Haftung nicht ein.

d. Der Staub'sche Grundsatz über die Haftung infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr.

Weitergehend ist die von Staub vertretene Ansicht, der den Erklärenden auch dem schlechtgläubigen Dritten gegenüber haften läßt [1]). Er kommt zu diesem Ergebnis nicht in Anlehnung an die in den §§ 171 u. 409 B.G.B. der Kundgebung beigelegte Bedeutung, sondern auf folgendem Wege:

Er stellt für das Handelsrecht ganz allgemein den Grundsatz auf: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann [2])". So habe der Inhaber einer Heilanstalt mit vorwiegend ärztlichem Charakter, der sein Gewerbe unter einer kaufmännischen Firma betreibe, sich im Verkehr als Kaufmann behandeln zu lassen, ferner seien Bauspekulanten, Inhaber einer Ziegelei, eines Bergwerks oder eines sonstigen gewerblichen Unternehmens, das nicht unter § 1 H.G.B. falle, wenn sie das Gewerbe kaufmnänisch unter einer kauf-

[1]) Staub Anm. 10 zu § 123.

[2]) Staub, Exkurs. zu § 5.

männischen Firma betrieben, vor der Eintragung der Firma keine Kaufleute, da sie aber gleichwohl im Rechtsverkehr als solche aufträten, so hätten sie auch schon vor der Eintragung als solche zu gelten. Staub findet den Rechtsgrund für diesen Grundsatz, der zweifellos unserem Rechtssystem innewohne, in den Bestimmungen über Treu und Glauben. Denn jeder müsse sich gefallen lassen, daß seine Erklärung so aufgefasst würde und diejenige Bedeutung habe, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukomme. (§§ 157, 242 B.G.B.). Er wendet den Grundsatz insbesondere auch auf das Gesellschaftsrecht an, sodaß derjenige, der sich im Verkehr als offener Handelsgesellschafter oder Kommanditist einer Gesellschaft ausgibt, es sich gefallen lassen muß, auch als solcher behandelt zu werden. Eine genügende Kundgebung in dieser Richtung müsse insbesondere auch in der Eintragung gesehen werden. Er macht keinen Unterschied, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht. Denn auch derjenige, der gewußt habe, ein Gesellschaftsvertrag sei gültig nicht zustande gekommen, könne darauf vertrauen, daß die betreffenden Personen, obwohl sie eine Gesellschaft nicht bildeten, doch dem Verkehr gegenüber eine solche bilden wollten. Erst wenn der Dritte wußte, daß sie trotz des äußeren Scheins in Wahrheit nicht als Handelsgesellschafter gelten wollten, würde die Sache anders liegen.

Staub bemerkt, daß die Folgen solcher Geltung als Kaufmann nicht immer so weit gehen könnten, wie die Folgen einer Geltung als Kaufmann kraft

unmittelbaren Gesetzeswillens wie im § 5 [1]). Tatsächlich läßt er aber bei den wichtigsten Sonderbestimmungen dieselben Wirkungen eintreten, als wenn der Erklärende Kaufmann wäre. So läßt er für das zwischen dem Kaufmann kraft Erklärung und seinem Angestellten bestehende Verhältnis die Vorschriften über Handlungsgehilfen und Lehrlinge zur Anwendung kommen [2]). Ferner nimmt er dem Kaufmann kraft Erklärung auch die Einrede der Vorausklage bei der Bürgschaft (§ 349 H.G.B.) [3]), gewährt ihm die für die Bürgschaft, das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis gegebene Formfreiheit [4]) und verbietet auch bei ihm die im § 348 H.G.B. untersagte Herabsetzung der Vertragsstrafe [5]).

Die Aufstellung dieses Grundsatzes gibt in den meisten Fällen ein praktisches und erwünschtes Resultat und erspart schwierige Untersuchungen und Nachforschungen nach dem in den meisten Fällen vorhandenen Rechtsgrunde, aus dem sich eine gleiche Haftung ergeben würde. Die Bedeutung dieses Grundsatzes, der in den wichtigsten Fälten dem Auftreten als Kaufmann dieselben Wirkungen beimißt, die sonst das Gesetz nur an die Kaufmannseigenschaft knüpft, ist u. E. zu erheblich, als daß er sich durch Bezugnahme auf die Grundsätze von Treu und Glauben

---

[1]) Anm. 6 Exkurs zu § 5.

[2]) Anm. 9 zu § 59.

[3]) Anm. 25 zu § 349.

[4]) Anm. 4 zu § 350.

[5]) Anm. 23 zu § 348.

rechtfertigen ließe, wenngleich die Sätze von Treu und Glauben im Handelsverkehr von größerer Wichtigkeit sind als sonst.

e. Die Gierke'sche Theorie über die Haftung aus dem Gesellschaftsvertrage.

Eine andere Konstruktion für die Haftung aus der als Gesellschafter abgegebenen Erklärung, die zwar gleichfalls auf der Kundgebung des Willens der Beteiligten, als Gesellschafter nach außen hin aufzutreten, beruht, die aber die Kundgebung nicht loslöst von dem ihr zugrunde liegenden Vertrage und ihr keine vollkommen selbständige Bedeutung gibt, stellt Gierke in seiner Genossenschaftstheorie auf [1]). Er nimmt bei der Haftung Dritten gegenüber keine zwei auf verschiedenen Rechtsgründen beruhende Rechtsverhältnisse an, sondern gibt dem an sich einheitlichen Gesellschaftsverhältnisse zwei relativ selbständige Seiten und leitet die Haftung aus der äußeren gültigen Seite der Willenserklärung ab, selbst wenn die innere Seite nichtig ist. Die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses nach innen hänge von der getroffenen Vereinbarung ab, während nach außen hin, sobald eine offene Handelsgesellschaft gewollt sei, eine in den Grundzügen unabänderliche Form der Gebundenheit eintrete. Um diese Gebundenheit herbeizuführen, genüge der gehörig konstatierte übereinstimmende Wille der Beteiligten,

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 471.

sich als Handelsgesellschafter in den Verkehr zu begeben, und die Kundgebung dieses Konsenses. Die Gültigkeit des übrigen Inhalts des Gesellschaftsvertrages sei nicht erforderlich. Hiermit sei aber nur die Möglichkeit besonderer rechtlicher Schicksale verschiedener Bestandteile desselben Gesellschaftsverhältnisses anerkannt und insbesondere der Wirksamkeit des Vereinigungswillens für und gegen Dritte nach einmal erfolgter Kundgebung eine selbständige Lebenskraft beigelegt. Es würden hierdurch einzelne Wirkungen einer selbständigen Willensaktion sowohl ihrer Grundlage gegenüber wie im Verhältnis zu den sonstigen Wirkungen relativ verselbständigt.

Nach dieser Konstruktion hat die bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages abgegebene Willenserklärung zwei Seiten, von denen jede unabhängig von der anderen ist, sodaß die nach außen hin wirkende Seite gültig, die nach innen wirkende aber fehlerhaft sein, mithin ein Vertrag nach außen bestehen, nach innen aber nichtig sein kann.

Diese Konstruktion hat allerdings den Vorzug, daß sie bei Gültigkeit der Kundgebung, als Gesellschafter nach außen hin aufzutreten, trotz der Nichtigkeit des internen Verhältnisses eine Haftung aus dem Vertrage begründet und den Rückgriff auf die Grundsätze von Treu und Glauben und die Anlehnung an die in den §§ 171, 409 B.G.B. aufgestellten Rechtssätze überflüssig macht; sie stellt aber eine neue Zweiseitigkeit der Willenserklärung auf, die unserem Rechtssystem fremd ist. Eine bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages

abgegebene Willenserklärung kann verschiedene Wirkungen haben: eine nach innen den Gesellschaftern gegenüber und weiter darüber hinaus auch Dritten gegenüber; damit bekommt sie aber keine zwei verschiedene von einander unabhängige Seiten.

Diese Theorie sucht zwischen den beiden Ansichten, daß die Kundgebung des Vertrages völlig unselbständig, nur eine Anzeige sei, die mit dem ihr zugrunde liegenden Vertrage stehe und falle, und der anderen Ansicht, die die Kundgebung völlig loslöst von dem Vertrage und ihr eine selbständige Bedeutung gibt, eine vermittelnde einzuschieben, die ohne Erteilung der Selbständigkeit der Kundgebung eine rechtliche Wirksamkeit verleiht. U. E. ist diese Konstruktion künstlich und gibt es nur einen zweifachen Standpunkt: entweder ist die Kundgebung selbständig, so daß sie selbständig Rechtswirkungen erzeugt, oder sie ist es nicht, so daß sie die Schicksale der vertraglichen Willenserklärung teilt.

II. Die stille Gesellschaft.

Bei der stillen Gesellschaft kommt hinsichtlich der Haftung des Stillen die Eintragung in das Handelsregister nicht in Betracht, da der Stille als solcher nicht eingetragen wird. Es ist deshalb hier nur zu untersuchen, welche Wirkungen die sonstige Kundgebung erzeugt. Aus der Kundgebung ohne weiteres kann ein Anspruch gegen denjenigen, der als stiller Gesellschafter eines Handelsgewerbes auftritt oder sich

als solchen von dem Inhaber eines Handelsgewerbes mit Wissen und Willen ausgehen läßt, nur hergeleitet werden, wenn man der handelsrechtlichen Kundgebung ganz allgemein bindende Kraft gibt oder dem von Staub aufgestellten Satz vom kaufmännischen Auftreten im Handelsverkehr folgt oder wegen der Ähnlichkeit der gesellschaftlichen Willenserklärung mit der bei einer Vollmacht abgegebenen die in den §§ 171, 173 B.G.B. getroffenen Bestimmungen analog zur Anwendung bringt (vgl. oben S. 38 ff.). Andernfalls ist eine Haftbarkeit nur begründet, wenn noch besondere Umstände hinzutreten, so daß in der Erklärung eine Empfehlung oder ein Garantieversprechen gesehen und aus diesem ein Anspruch hergeleitet werden kann. Eine ausführliche Darstellung, unter welchen Voraussetzungen in der Kundmachung ein Garantieversprechen liegen kann und wie sich die Haftung des Stillen hieraus gestaltet, geben Lehmann-Ring in ihrem Kommentar zum H.G.B.[1]. Nach ihnen liegt in der Kundgebung nur die Mitteilung einer Tatsache ohne animus obligandi, wenn die Kundmachung nur gesprächsweise, möglicherweise nur auf Anfrage des Gläubigers erfolgt, dem es wünschenswert erscheint, sich über die stillen Gesellschafter seines Schuldners zu informieren, falsche Mitteilungen würden nur aus dem Gesichtspunkte der Arglist haftbar machen. Auch wenn der Stille seinerseits die Initiative ergriffe, würde nicht mehr als eine Empfehlung vorliegen. Sie ver-

[1]) Lehmann-Ring H.G.B. Anm. 19 zu § 335.

neinen das Vorhandensein eines Garantieversprechens bei der Kundgebung durch Zirkulare und Annoncen und kommen zu dem Ergebnis, daß dann ein dem Kreditauftrag nahestehendes Garantieversprechen angenommen werden könne, wenn die Kundgebung an eine bestimmte Person abgegeben und von dieser akzeptiert werde und der Stille oder mit dessen Einverständnis der Komplementar die Einzelheiten des Verhältnisses, zumal den Betrag der Einlage, in einer Weise darlege, daß daraus die Willensmeinung des Stillen erhelle, dem anderen für die Folgen der Kreditgewährung an den Komplementar aufzukommen.

Wenn hiernach jemand öffentlich, ohne sich an eine bestimmte Person zu wenden, kundgibt, daß er einem Handelsgewerbe mit einer Einlage als Stiller beigetreten sei, er auch tatsächlich einen Gesellschaftsvertrag mit dem Inhaber des Geschäfts geschlossen hat, der Vertrag aber wegen Verstoßes gegen ein wesentliches Erfordernis nichtig ist, so kann der Stille jede Leistung verweigern, eine Haftung ist nicht begründet. Aus dem Gesellschaftsvertrage kann er nicht in Anspruch genommen werden, weil er nichtig ist, ein Garantievertrag liegt nicht vor, weil sich die Kundgebung an einen unbestimmten Kreis von Personen richtet, der Begriff des Kreditmandats aber einen Vertrag zwischen Mandanten und Mandatar voraussetzt [1]). Aus dem Gesichtspunkte der Arglist tritt eine Haftung nicht ein, weil der Stille die Nichtigkeit des Vertrages

[1]) Lehmann-Ring H.G.B. Anm. 19 zu § 335.

selbst nicht kannte. Nur wenn man sich auf den erwähnten Standpunkt stellt, daß jede handelsrechtliche Kundgebung ohne weiteres haftbar macht, so daß der Kundgebende ohne das Hinzutreten anderer verpflichtender Umstände genau so haftet, wie er es aus dem der Kundgebung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis tun würde, einerlei ob dasselbe tatsächlich besteht oder nicht, oder wenn man der Erklärung auf Grund des Wesens der gesellschaftlichen Willenserklärung und ihrer Ähnlichkeit mit der bei einer Bevollmächtigung abgegebenen bindende Kraft gibt, oder endlich wenn man sich auf den Staub'schen Standpunkt von der Haftung aus dem Sichgerieren als Kaufmann stellt, ist eine Haftung begründet.

III. Die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien hat die Eintragung in das Handelsregister eine wesentlich wichtigere Bedeutung als bei den vorher behandelten Gesellschaften, da ohne sie keine von ihnen zur Enstehung gelangt. Die Eintragung allein schafft zwar nicht die Gesellschaft, sie bildet aber eins von den für die Entstehung wesentlichen Erfordernissen. Die Bedeutung der Eintragung ist jedoch eine verschiedene je nachdem man nach geschehener Eintragung eine Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft überhaupt nicht mehr oder nur wegen bestimmter oder wegen aller wesentlichen Mängel zuläßt.

Für das frühere Recht, das keine besonderen Bestimmungen hierüber enthielt, war es streitig, ob und welche Nichtigkeitsgründe es gab. Während die Praxis dazu neigte, nach der Eintragung die Nichtigkeitserklärung nicht mehr zuzulassen, stand die Theorie auf dem entgegengesetzten Standpunkt, war aber uneinig darüber, welche Mängel die Nichtigkeit begründeten. Eine ausführliche Darlegung dieser Frage für das alte Recht hat K. Lehmann in Ihering's Jahrbüchern [1]) gegeben. An die dort aufgestellte Theorie anschließend hat das neue Handelsgesetzbuch Bestimmungen darüber getroffen, in welchen Fällen eine Nichtigkeitserklärung zulässig ist.

Die in Betracht kommenden Bestimmungen sind folgende:

§ 309: Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde.

§ 182 Abs. 2: Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien;
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes;

[1]) Bd. 33 S. 389 ff.

5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht;
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Aus welchem Grunde die einzelnen Bestimmungen nichtig sind, ob aus materiellen oder formellen Gründen, ist gleichgültig. Die Mängel können durch einen den Vorschriften über Änderung des Gesellschaftsvertrages entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden mit Ausnahme der Mängel, welche die Bestimmungen über die Höhe des Grundkapitals und den Betrag der einzelnen Aktien betreffen (§ 310 H.G.B.). Eine Streitfrage besteht nur darüber, ob das Gesetz die Nichtigkeitsgründe ausschließlich geregelt hat oder ob auch noch andere Nichtigkeitsgründe zulässig sind[1]).

Aus der Denkschrift und den Beratungen über die in Betracht kommenden §§ geht hervor, daß der Gesetzgeber die Frage der Nichtigkeit generell hat regeln wollen, und daß es sein Bestreben gewesen ist, die Nichtigkeitsfälle einzuschränken und eine auch ordnungswidrig entstandene Aktiengesellschaft, deren Grundelemente vorhanden sind, als rechtsgültig zu respektieren[2]). Diese Auffassung ist u. E. auch aus dem Gesetz selbst zu entnehmen. Sie ergibt sich aus der Fassung des § 309. Dieser wäre überflüssig gewesen, wenn er nicht die Gründe hätte ausschließlich auf-

[1]) Für die Ausschließlichkeit: Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 309 u. Staub Anm. 2 zu § 309; dagegen: Pinner Anm. II u. III zu § 309 S. 320, 21 u. Makower Anm. IIIa zu § 309.

[2]) K. Lehmann, Das Aktienrecht Bd. I S. 429.

zählen wollen. „Nur von dem Standpunkte aus, daß eine Nichtigerklärung der Aktiengesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen nicht stattfinde, konnte der § 309 über die Nichtigerklärung wegen Verletzung des § 182 Abs. 2 Bestimmungen treffen. Denn daß eine Aktiengesellschaft als solche nur bestehen könne, wenn ihr Gesellschaftsvertrag die vom Gesetze für wesentlich erklärten Bestimmungen in zulässiger Weise enthält, brauchte nicht erst gesagt zu werden [1])." Zu diesen in §§ 309, 182 aufgezählten Nichtigkeitsgründen kommen allerdings noch zwei weitere hinzu, nämlich das Fehlen eines Aktiengesellschaftsvertrages überhaupt, sowie die Ungültigkeit der Eintragung. Diese sind aber keine Ausnahme davon, daß die Nichtigkeitsgründe im Gesetz ausschließlich bestimmt seien, sondern sie ergeben sich gleichfalls aus dem Gesetze [2]).

Fehlt es hiernach an einem der erwähnten Erfordernisse, so wird dieser Mangel durch die Eintragung nicht geheilt. Soweit es sich aber um andere als die bezeichneten Voraussetzungen handelt, kann ein Verstoß gegen diese die Rechtsbeständigkeit der Gesellschaft nach der Eintragung nicht in Frage stellen, selbst wenn eine zwingende Rechtsnorm verletzt sein sollte. Insoweit hat hier die Eintragung absolut konstitutive Kraft. Wo sie aber absolut konstitutiv ist, hat sie auch selbständige Bedeutung, indem demjenigen, der sich auf die

[1]) Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 309; gleicher Ansicht Staub Anm. 2 zu § 309.

[2]) vgl. Lehmann-Ring § 309 2 C.

Nichtigkeit eines solchen Rechtsverhältnisses beruft, einfach die Eintragung entgegengehalten werden kann.

Ist dagegen gegen §§ 309, 322 H.G.B. verstoßen, so ist das Klagerecht auf Nichtigkeitserklärung begründet. Berechtigt zur Erhebung der Klage, die gegen die Gesellschaft zu richten ist, ist jeder Gesellschafter, jedes Vorstands- und jedes Aufsichtsratsmitglied. Welche Bedeutung das die Nichtigkeit aussprechende Urteil hat, ob es deklaratorisch oder konstitutiv wirkt, darüber gehen die Ansichten auseinander. Die Denkschriften erklären ausdrücklich, daß das Urteil deklaratorische Bedeutung habe. Es sei nicht etwa anzunehmen, daß die Gesellschaft bis zu der Eintragung des Urteils zu Recht bestanden habe. Diese Auffassung werde schon durch die Natur der Mängel, welche die Nichtigkeit begründeten, ausgeschlossen. Dieser Auffassung sind die meisten Ansichten gefolgt. Es lassen sich jedoch gute Gründe dafür anführen, daß diese Theorie mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht übereinstimmt[1]). „Wäre die Nichtigkeit schon von anfang an rechtswirksam, so wäre es doch zum mindesten inkorrekt, daß im § 309 von Gesellschaftern, Vorstands- und Aufsichtsratmitgliedern gesprochen wird. Alsdann gäbe es solche nicht“[2]). Auch sagt das Gesetz nicht, daß die Gesellschaft nichtig ist, vielmehr heißt es, jedes Mitglied könne beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Mit diesem Wortlaut stimmt vielmehr die Theorie überein, nach welcher die Nichtigkeit erst durch

[1]) vgl. Simonis S. 25 ff.

[2]) Simonis S. 26.

das Urteil begründet wird. Bis zum Erlaß desselben ist die Gesellschaft nicht nichtig, sondern sie besteht, wenngleich mit einem Mangel behaftet.

Schließt man sich der ersten Theorie an, so ist die Gesellschaft als von anfang an nichtig anzusehen. Sie müßte somit nach allgemeinen Grundsätzen jeder rechtlichen Wirksamkeit entbehren; die von ihr und ihr gegenüber eingegangenen Rechtsgeschäfte würden ungültig sein, ihr Vermögen wäre nicht Vermögen der Gesellschaft sondern der einzelnen Beteiligten, dem Vorstande stände keine Geschäftsführungsmacht zu, seine Bestellung wäre nichtig u. s. w. Die Gesellschaft hat aber inzwischen als zu recht bestehend im Handelsregister eingetragen gestanden. Diese Eintragung hat neben der konstitutiven gleichzeitig deklaratorische Bedeutung, indem sie nach außen hin Dritten die Existenz der Gesellschaft bekundet, und es würde in den Rahmen dieser Aufgabe fallen, zu untersuchen, inwiefern auch dieser durch die Eintragung vermittelten Kundgebung selbständige rechtliche Wirkungen beigemessen werden müßten, wenn dies nicht als überflüssig zu betrachten wäre infolge der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, daß die Wirksamkeit der mit Dritten vorgenommenen Geschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt wird und somit für den Rechtsverkehr auch die nichtige und bereits für nichtig erklärte Gesellschaft solange als gültig anzusehen ist, bis die Nichtigkeit eingetragen wird. Eine juristische Begründung für diese den allgemeinen Rechtsgrundsätzen völlig widersprechende Bestimmung wird schwerlich zu finden sein; insbesondere ist es

keine besondere Wirkung der Eintragung, durch die sie sich rechtfertigen ließe. Wirtschaftliche Gründe und Rücksichten auf die Verkehrssicherheit sind für sie maßgebend gewesen, wie sich aus der Denkschrift deutlich ergibt.

Ganz ohne Bedeutung ist aber die deklaratorische Seite der Eintragung auch hier nicht, denn es kann in der Theorie als anerkannt gelten[1]), daß nach der Eintragung der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien die Anfechtung der Aktienübernahme und -Zeichnung sowie der Kapitalserhöhung wegen Willensmangel ausgeschlossen ist. „Ist die Gesellschaft auf die Erklärung — Übernahme und Zeichnung — hin eingetragen, so ist, wer in der gesetzlichen Form bewußt Aktien übernommen hat, schlechthin an die Erklärung gebunden. Er kann nicht gemäß §§ 116 ff. geltend machen, daß die Erklärung unter Mentalreservation, zum Schein, nicht ernstlich zufolge Irrtums über den Inhalt, arglistischer Täuschung und widerrechtlicher Drohung abgegeben sei[2])." Diese hier der Eintragung beigelegte Bedeutung liegt gleichfalls in der durch die Eintragung vermittelten Kundgebung, in der durch sie bewirkten Offenkundigkeit der Gesellschaft. Begründet wird der Ausschluß der Anfechtung wegen Willensmängel bei der Zeichnung und Aktienübernahme damit, daß es sich bei diesen um Erklärungen handle, die nicht nur der Gegenpartei gegenüber abgegeben

---

[1]) nur a. A. Makower Anm. 2 α zu § 182.

[2]) Lehmann-Ring Anm. 15 zu § 182.

würden, sondern gleichzeitig dazu bestimmt seien, darüber hinaus Dritten gegenüber rechtliche Wirkungen zu erzeugen. Durch solche Willenserklärungen aber, welche dazu bestimmt seien, über den Kreis derjenigen, welchen zunächst erklärt werde, hinaus Dritten das Vorhandensein des erklärten Willens kundzugeben und mit dieser Kundgebung auf ihre Entschließung zu wirken, seien die Vorschriften des Zivilrechts über Anfechtung von Willenserklärungen nur in äußerst beschränkten Grenzen anwendbar[1]). Der Grund liegt also auch hier genau wie bei der zur Begründung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft abgegebenen darin, daß die Willenserklärung zweierlei enthält, einmal die Beteiligung an der Gesellschaft, und zum andern die Kundgebung dieser Beteiligung. Solange die Gesellschaft nach außen hin nicht in's Leben tritt, hat der zweite Teil der Willenserklärung noch keine Bedeutung, er ist bis dahin noch nicht zur Geltung gekommen, und deshalb weicht die Willenserklärung bis zur Betätigung der Gesellschaft Dritten gegenüber noch nicht von den gewöhnlichen Willenserklärungen ab. Es ist deshalb u. E. nicht richtig, ohne weiteres bei jeder Willenserklärung, die dazu bestimmt ist, das Vorhandensein des erklärten Willens kundzugeben, auch dann die Anfechtung wegen Willensmängel auszuschließen, wenn sie dieser Bestimmung noch nicht zugeführt, tatsächlich also das Vorhandensein des Willens noch nicht kundgegeben ist. Erst wenn sie der Außenwelt bekannt

---

[1]) Entsch. d. R.G. i. Zivils. Bd. 9 S. 38.

geworden ist, und der Dritte infolge der Kundgebung, daß der Erklärende durch seinen Beitritt als offener Handelsgesellschafter oder Kommanditist oder als Zeichner der Gesellschaft eine normale Grundlage gegeben hat, sich mit der Gesellschaft einläßt, liegt ein Grund vor, diese Erklärung anders zu behandeln, als die gewöhnliche. Denn der eigentliche Grund für die Sonderbehandlung ist auch hier die Kundgebung. Während aber bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft diese Kundgebung in mehrfacher Weise erfolgen kann, kann bei der Aktiengesellschaft als Kundgebung nur die Eintragung in Betracht kommen, da vor dieser die Gesellschaft als solche nicht besteht und alles vor ihr liegende als interne Angelegenheit anzusehen ist. Erst von der Eintragung ab ist somit u. E. die Anfechtung ausgeschlossen[1]), und insofern hat auch hier die deklatorische Seite der Eintragung eine besondere Bedeutung, wenn ihr auch nicht die gleiche selbständige Bedeutung beigelegt ist, wie bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, wo man die Kundgebung völlig losgelöst und ihr selbständig rechtliche Wirkungen beigelegt hat, während sie bei der Aktienzeichnung und -Übernahme nur den Ausschluß der Anfechtung zur Folge hat.

[1]) A. M. Staub in Monatsschr. f. Handelsr. X. Jahrg. S. 133 ff.